

标准必要专利全球治理的中国探索(上)

前沿聚焦

□ 张广良（中国人民大学法学院教授、中国人民大学国际知识产权研究中心研究员）

十余年前，欧盟委员会指出在快速变化和全球化的经济环境下，标准对国际贸易而言比任何时候都更为重要。随着5G技术应用于更多领域，5G加持下的巨大产业潜力进一步释放，技术标准、标准必要专利(SEP)及其许可的重大商业价值诠释了前述论断依然准确。无线通信领域SEP许可纠纷尤其是全球性争议不仅对专利持有者、标准实施者影响甚巨，而且关系到各国相关产业的创新环境和竞争秩序。由于当下尚不存在明确的SEP许可全球规则，SEP持有者与标准实施者谈判容易陷入僵局，甚至引发大规模的国际诉讼。目前，中国无线通信企业成为SEP国际诉讼的主要诉讼主体。如在诺基亚与OPPO的5GSEP许可纠纷中，诺基亚先后在德国、法国、西班牙、俄罗斯、印度、印尼、英国、中国、荷兰等国对OPPO发起数十起诉讼（包括预防性禁令、SEP和NON-SEP侵权、裁决全球费率等），而OPPO也在中国、德国等对诺基亚发起数起反制诉讼（包括SEP侵权、裁决全球费率等）。从整体上看，在SEP争议的全球博弈中，中国企业面临着不断增加的SEP高额许可费所带来的成本压力、巨大的诉讼压力以及域外诉讼所带来的禁售压力。

当前国际局势复杂多变，技术全球化、贸易一体化受到冲击。在此时代背景下，如何构建公平、合理、高效的SEP许可机制，充分发挥标准技术的核心价值，以技术促进全人类福祉，需要加强SEP全球治理。

SEP全球治理的重点，一方面在于构建SEP许可谈判的FRAND框架，另一方面在于通过公平司法诉讼等方式促成专利持有者与标准实施者顺利、及时地达成FRAND全球许可条件（含许可费率，下同），包括为达此目标而促使持有者与实施者诚信磋商，不实施“专利劫持”或“反向劫持”行为以及善意诉讼而不滥用“禁令令”等诉讼制度。

在5G时代，中国不仅拥有华为、中兴、大唐、OPPO等位居前列的SEP专利权人以及小米、OPPO、vivo、荣耀等以手机产业为主的5G标准实施者，而且具有目前全球最大、发展最快的5G网络基础设施市场，故在SEP全球治理体系中的地位举足轻重，需要“直面挑战，躬身入局”，为SEP全球治理贡献中国智慧。

本文将探讨在SEP全球治理中中国所进行的探索，涵盖SEP全球治理的中国实践、中国理念以及中国未来工作重点等内容。

SEP全球治理的中国实践

“法律是一种不断完善的实践”，SEP全球治理亦然。结合SEP全球治理的重点，本文从SEP全球许可条件纠纷司法管辖、“禁令令”性质行为保全以及对“专利劫持”与“反向劫持”的规制等维度，阐释SEP全球治理的中国实践。

（一）SEP全球许可条件纠纷的司法管辖

当SEP持有者与标准实施者无法达成许可协议，则在某一国家提起侵犯该国授予专利权或者许可纠纷之诉在国际上并无争议。2012年美国法院审理的苹果v.摩托罗拉案，中国法院2013年审结的华为v.交互数字公司(IDC)案莫不如此。目前存在争议的是若当事人之间未达成管辖合意，一国法院可否审理SEP全球许可条件纠纷以及如何合理确定管辖权。

英国最高法院于2020年8月26日审结的无线星球(UP)诉华为案引起了广泛关注。该案发生之际，华为64%的销售额源于中国或UP专利没有受到保护的英国，而英国市场仅占华为产品销售额的1%，英国专利在涉案专利组合中的比例较低。在与该争议不具有最密切联系的情形下，英国法院裁决了涉案SEP全球许可条件。尽管英国法院宣称其并非直接对全球费率进行裁判，而是将接受其判定的全球费率作为SEP禁令救济的替代方案，但这并不能改变英国法院实际上以弱连接裁判全球费率的事实。

在OPPO诉夏普SEP许可纠纷案中，中国最高人民法院于2021年8月19日对此案管辖权异议作出终审裁定，认定在双方具有达成全球许可的意愿且案件与中国具有更密切联系的情况下，中国法院适宜对SEP全球许可条件进行管辖和裁判。在此案中，最高人民法院基于以下两方面考量认为中国法院可以裁决全球许可条件纠纷：(1)当事人均就涉案标准必要专利达成全球范围内许可条件的意愿，且对此进行过许可磋商。(2)标准必要专利许可纠纷与中国具有更密切的联系，包括当事人许可磋商所涉及的SEP大部分是中国专利；中国是涉案SEP实施者的主要实施地、主要营业地或主要营收来源地；中国是当事人专利许可磋商地；中国是专利许可请求方可供扣押或可供执行财产所在地，等等。

最高人民法院在此案中对全球费率管辖规则作出了卓有成效的探索，兼顾了公平与效率，此案裁决对促成当事人达成全球许可条件产生了积极的影响。2021年10月8日，OPPO与夏普达成SEP全球许可和解协议，双方撤回在全球的SEP诉讼。

（二）“禁令令”性质行为保全

起源于英美的“禁令令”在SEP诉讼中的适用日益频繁。英美法院对“禁令令”的颁布标准日趋灵活。美德法律中并无“禁令令”的规定，两国

法院对他国法院发布的“禁令令”一般不予认可，并依据本国保全或禁令制度予以反制。不过，近年来德国法院在SEP诉讼中对中国企业采取极为严格的限制措施，甚至在中国企业未对相关SEP持有者提起任何诉讼时便向其发布了预防性的“反禁令令”，其正当性值得探讨。

中国多家企业在SEP国际诉讼中深受英美法院发布的“禁令令”或法德法院采取的限制措施的影响。对于中国企业而言，规范对方当事人诉讼行为，依法寻求中国法上的程序性救济是必然选择。

在华为与康文森确认不侵害专利权及SEP许可纠纷案中，经华为申请，最高人民法院于2020年8月28日作出“禁令令”性质行为保全裁定，责令康文森不得在该院就涉案案件作出终审判决前，申请临时执行德国杜塞尔多夫地区法院于2020年8月27日作出的停止侵权的一审判决。最高人民法院在裁定中明确采取此类行为保全措施应当考虑如下5种因素，进行综合判断：(1)申请执行域外法院判决对中国诉讼的影响；(2)关于采取行为保全措施是否确属必要；(3)申请人和被申请人相关利益的合理权衡；(4)采取行为保全措施是否不会损害公共利益；(5)国际礼让因素的考虑。

此案过后，先后有4家中国企业基于自身遭受SEP持有者的“专利劫持”行为，向中国法院申请了“禁执令”“禁诉令”或“禁新诉令”性质的行为保全措施，其中3家企业的申请得以支持，而一家企业的申请被法院驳回。从整体上看，中国法院在“禁令令”性质行为保全实践上秉持了理性适度的原则。

（三）对“专利劫持”与“反向劫持”的规制

在SEP许可条件谈判过程中，SEP持有者与标准实施者均负有善意磋商的义务，不得实施“专利劫持”或者“反向劫持”行为，否则受损害的一方有权寻求救济。中国法院在此方面进行了积极的探索。

在华为与IDC许可纠纷中，华为以IDC滥用市场支配地位为由于2011年12月6日向深圳市中级人民法院提起诉讼。深圳市中级人民法院基于IDC与其他公司的相关许可费、交叉许可以及IDC相关诉讼情况，认定IDC存在过高定价和搭售两种滥用行为，故判令其停止侵权行为，赔偿华为经济损失。广东省高级人民法院维持深圳市中级人民法院作出的一审判决。SEP持有者被行政法院判定实施了滥用市场支配地位等垄断行为的，将要承担行政责任。例如，高通曾因过高定价、搭售等垄断行为，在2015年受到国家发展和改革委员会的处罚。

在进行许可交易时，无论是SEP持有者还是标准实施者，均应当秉承FRAND原则，保护创新，有序竞争。在SEP许可条件谈判过程中，若标准实施者涉嫌实施了“反向劫持”行为，则SEP持有者

可寻求司法救济。在北京知识产权法院受理的高通诉魅族确认不垄断纠纷案中，虽然当事人达成了全球和解而撤诉，法院并未对案件实体问题进行审理，但此案表明了该院受理旨在规制SEP“反向劫持”案件的条件，一般应包括：(1)一揽子SEP许可协商陷入僵局；(2)SEP持有者受到了难以弥补的损失；(3)谈判陷入僵局系因SEP实施者具有过错；(4)无须以SEP侵权之诉作为前置程序。此种诉讼类型在世界范围内尚不多见，表明了北京知识产权法院平等保护SEP持有者与标准实施者、督促双方履行FRAND义务的司法立场。

SEP全球治理的中国理念

SEP全球治理的中国实践彰显其在此方面秉持的理念，即依法治理，去政治化；尊重FRAND原则，平衡保护当事人利益；制定相关规则，促进许可交易。

（一）依法治理，去政治化

当SEP持有者与标准实施者无法达成许可而发生纠纷时，争议本质属于商业争端，争议的解决需依法进行。发生在中国的SEP许可纠纷及相关争议，司法机关及行政执法部门均严格执行中国法律，平等维护当事人的权益，规范滥用专利权的垄断行为及“反向劫持”行为。实践表明，中国司法机关对相关产业发展、标准技术、专利权及其费率理解深入，能够对相关问题进行客观判断和裁决，而中国反垄断行政执法部门有能力判断企业是否利用SEP获得了垄断地位，并滥用了由此所形成的市场优势获取或者试图获取垄断利润。

SEP全球治理应去政治化。虽然中国企业与域外企业进行SEP许可磋商或诉讼过程中，屡遭域外法院发布的“禁令令”“反禁令令”等措施的不利影响，但中国政府从未就相关问题要求与某国、某国际机构在世界贸易组织进行磋商。就SEP诉讼中国法院采取的“禁令令”性质行为保全，欧盟认为中国的行动不符合《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)，于2022年2月18日要求在世贸组织进行磋商。这是欧盟在2021年7月首次就同样问题向WTO投诉中国后的第二次投诉。有专业人士对此进行了深刻分析，指出欧盟此举意图很明显，即老调重弹地指责中国司法不透明，希望通过施压促使中国放弃在许可费率上“权利争夺”，从而实现为欧盟企业谋利的目的。在SEP许可费用的确定方面，欧盟采取“企业起诉+政府施压+国际舆论指责”等多管齐下对中国施压。“禁令令”作为英美法系创设的制度，此前被英美等国法院多次运用在SEP争议中，而德国采取类似措施的条件十分灵活，欧盟仅针对中国“禁令令”性质行为保全措施质疑，显然以此为由压制中国在全球SEP治理体系中的话语权，是一种将商业纠纷政治化的表现。

法界动态

清华大学举办“这十年·总书记的青春寄语”主题宣讲活动



本报讯 记者黄洁 近日，清华大学联合全国高校举办“这十年·总书记的青春寄语”主题宣讲活动并发起“这十年·青年讲”全国高校宣讲联赛。教育部党组成员、副部长翁铁慧，清华大学党委书记邱勇，教育部思政司副司长张文斌，清华大学党委副书记过勇等出席活动。来自全国五十余所高校的师生代表在线参加活动，共同领悟党的十八大以来习近平总书记的青春寄语，从谆谆教诲中汲取扬帆新征程、奋进新时代的精神力量。

翁铁慧对宣讲活动的开展给予充分肯定并提出要求：一是在学深悟透上下更大功夫，全面把握习近平总书记的殷切期望；二是在知行贯通上下更大功夫，生动传播习近平新时代中国特色社会主义思想的理论魅力和实践伟力；三是在共鸣共振上下更大功夫，不断提高宣讲的感染力和感召力。

邱勇指出，青年是中国特色社会主义事业的建设者和接班人，是国家的未来和民族的希望。党的十八大以来，习近平总书记多次对青年工作作出重要指示，为广大青年指明了历史使命、奋斗目标和前进方向。奔跑是青年人最靓丽的身姿，自信自强的中国青年永远奔跑在服务国家富强、民族复兴、人民幸福的大道上，永远奔跑在时代的最前面，不断创造出无愧于时代的新纪录。

“构建中国特色案例制度的综合系统研究”研讨会举行



本报讯 见习记者柳源远 5月8日，由国家社科基金重大项目“构建中国特色案例制度的综合系统研究”课题组、北京大学法学院比较法与法社会学研究所共同主办的“构建中国特色案例制度的综合系统研究”研讨会以线上方式举行，来自最高人民法院、中国法学会案例法学研究会、中国社会科学院、北京大学、中国政法大学、浙江大学等国内知名院校机构的23位专家与会发言。

北京大学法学院院长潘剑锋指出，案例指导制度具有重要的理论和现实意义，指导性案例与类案研究不仅在司法实践中发挥关键作用，还在高等院校法科学生的教育方面具有不可或缺的价值。

中国法学会案例法学研究会会长胡云腾指出，如今，从事案例研究的专家学者队伍日益壮大，案例法学研究成果更加多样，国家相关部门对案例研究更为重视，中外案例研究交流互动更为活跃，可以说我们步入了案例法学时代。在这个时代中，案例研究的挑战与机遇并存。数据安全、个人信息保护、企业名誉和商誉保护、国家秘密保护与案例公开，案例的发布、使用、效力以及形式、功能、作用等问题，是我们继续探索的方向。

“当代中国与西安”“汉语桥”线上团组交流项目开班仪式举行



本报讯 记者郑剑峰 5月10日，由教育部中外语言交流合作中心主办，西北政法大学承办的“当代中国与西安”“汉语桥”线上团组交流项目开班仪式在西北政法大学长安校区举行。西北政法大学副校长张荣刚、哈萨克斯坦国际哈中语言学院院长塔勒哈特·马尔加尔勒、副院长沙吾列·安尼瓦尔、中泰教育文化交流中心主任胡旭峰、泰国斯巴顿大学中文系主任李军等出席开班仪式。

张荣刚指出，中哈、中泰在政治上相互坚定支持，经贸上深度融合合作，人文上广泛交流互鉴，树立了相互尊重、与时俱进、合作共赢的国家关系典范。学校响应国家号召，积极拓展与哈萨克斯坦和泰国高等教育机构的合作，开展人才培养、科学研究和人文交流，希望借助“汉语桥”项目，进一步加强中哈、中泰的文化交流，筑牢中哈、中泰之间的友谊与理解之桥。

第六届中日经济刑法研讨会举行



本报讯 记者余东明 日前，由中国刑法学研究会、上海市法学会刑法学研究会、华东政法大学刑事法学研究院和中国法治战略研究中心与日本经济刑法研究会联合主办的第六届中日经济刑法研讨会在网上举办。与会专家围绕“大数据与经济犯罪”主题，以进一步促进中日刑事法学的交流与发展为主旨，在风险社会与信息时代的交织下共同面对两国刑事法治中的机遇与挑战，提升刑事法学的理论发展和解决问题的实务能力。研讨会全程采用线上会议方式进行，来自中日两国高等院校的知名学者以及两国实务界嘉宾近百人出席会议。中国刑法学研究会会长賈宇表示，中日两国是一衣带水的近邻，希望以此次研讨会和中日邦交正常化50周年为契机，进一步加深经济刑法学领域的学术交流，携手发展，文明互鉴。

“数字经济中的民事权益保护”系列之三：

虚拟货币相关交易合同的效力

民事权益保护专栏

□ 程啸（清华大学法学院教授）

虚拟货币是网络信息科技发展的产物，它是指非货币当局发行的，通过使用加密技术及分布式账户或类似技术而以数字化形式存在的非真实的货币，典型的代表就是比特币(BTC)，以太坊(ETH)等。目前的司法实践中，较常见的虚拟货币交易纠纷主要有三种类型：其一，虚拟货币买卖合同纠纷，即买方 toward 卖方购买相应数量的比特币，以太坊等各种虚拟货币并已支付价款，但卖方却违约，不履行交付义务，从而引发纠纷；其二，虚拟货币委托理财合同纠纷，即委托人向受托人支付一定数量的人民币，或者委托人将已经取得的一定数量的虚拟货币交给受托人，由受托人代为投资，双方约定相应的收益率或者保底条款，最后因亏损而引发纠纷；其三，购买生产虚拟货币的挖矿机合同纠纷，即买方为了获取虚拟货币而向卖方购买搭载特制挖矿芯片的电脑即所谓的挖矿机（运行速率比普通电脑高几十、几百倍），或者双方共同出资购买挖矿机并约定在取得虚拟货币后进行分成，后因卖方没有交货或者分成而引发纠纷。

在发生上述这三类民事纠纷时，作为被告的一方当事人往往提出一个抗辩，就是认为合同无效，支持其主张的理由包括：首先，2013年12月3日中国人民银行、工业和信息化部、中国银行业监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、中国保险监督管理委员会《关于防范比特币风险的通知》(银发〔2013〕289号)规定，比特币不具有与货币同等的法律地位，不能且不应作为货币在市场上流通使用。其次，2021年9

月15日中国人民银行、中央网信办、最高人民法院、最高人民检察院、工业和信息化部、公安部、市场监管总局、银保监会、证监会、外汇局《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》(银发〔2021〕237号)以及2017年9月4日中国人民银行、中央网信办、工业和信息化部、工商总局、银监会、证监会、保监会《关于防范代币发行融资风险的公告》都明确规定，虚拟货币相关业务活动属于非法金融活动，要严格禁止，坚决依法取缔。对于开展相关非法金融活动构成犯罪的，依法追究刑事责任。上述规定虽然不属于法律或行政法规，但涉及国家金融秩序，构成公序良俗。我国民法典第八条规定：“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。”第一百五十三条第2款规定：“违背公序良俗的民事法律行为无效。”故此，无论是买卖虚拟货币还是以虚拟货币进行投资理财，抑或购买生产虚拟货币的挖矿机的合同，均属于违背公序良俗的合同，是无效合同。

笔者认为，上述观点并无道理。就上述三类涉及虚拟货币的合同而言，它们既没有违反法律、行政法规的强制性规定，也未违背公序良俗，不存在无效的情形，而是合法的合同。首先，包括比特币，以太坊在内的虚拟货币属于虚拟财产，受到法律的保护。民法典第一百二十七条规定：“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。”既然民法典确立了依法保护网络虚拟财产的原则，同时，我国目前也没有任何法律或行政法规明确规定虚拟货币属于禁止流通物，禁止交易。中国人民银行等有关国家部委发布的上述三个文件，只是明确否定了虚拟货币的“货币性”，没有否定其“财产性”，没有将虚拟货币规定为禁止流通物。也就是说，比特币等虽被俗称为“虚拟货币”，但其实不是法律意义上的货币。中国人民银行法第十六条规定：“中华人民共和国的法定货币是人民币，以人民币支付中华人民共和国境内的一切公共的和私人的债务，任何单位和个人不得拒收。”该法第十八条和第二十条还规定，人民币由中国人民银行统一印制、发行。任何单位和个人不得印制、发售代币票券，以代替人民币在市场上流通。故此，在我国，任何虚拟货币都不具有与人民币这一法定货币相同的法律地位。虚拟货币不应且不能作为货币在市场上流通使用。

其次，仔细研读上述三个文件可知，国家有关部门并非一律禁止任何涉及虚拟货币的交易活动，而只是禁止作为非法金融活动的虚拟货币相关业务活动。2021年中国人民银行等部委发布的《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》第一条第2款就只是规定，虚拟货币相关业务活动属于非法金融活动。开展法定货币与虚拟货币兑换业务、虚拟货币之间的兑换业务，作为中央对手方买卖虚拟货币、为虚拟货币交易提供信息中介和定价服务、代币发行融资以及虚拟货币衍生品交易等虚拟货币相关业务活动涉嫌非法发售代币票券、擅自公开发行证券、非法经营期货业务、非法集资等非法金融活动，一律严格禁止，坚决依法取缔。对于开展相关非法金融活动构成犯罪的，依法追究刑事责任。2017年中国人民银行等部委发布的《关于防范代币发行融资风险的公告》同样只是禁止非法从事代币发行融资活动，该公告的第一条也代币发行融资的涵义作出了清晰的界定，即融资主体通过代币的违规发售、流通，向投资者筹集比特币、以太币等所谓“虚拟货币”，本质上是一种未经批准非法公开融资的行为，涉嫌非法发售代币票券、非法发行证券

以及非法集资、金融诈骗、传销等违法犯罪活动。由于本文所述的三类虚拟货币相关的民事交易中，当事人并没有从事与虚拟货币相关的非法金融活动或代币发行融资活动，故此，不能适用上述文件的规定，将合同认定为无效合同。至于国家从产业政策的角度，为了节能减排而整治虚拟货币挖矿活动，主要是从投资项目审批、违法违规供电行为以及财税金融政策监管等行政管理角度进行的，不得据此就认为购买挖矿机的合同是无效合同。

最后，从我国司法实践来看，除了少数基层法院的判决，绝大多数中级和高级法院的判决都认为，买卖虚拟货币的合同以及买卖用于生产虚拟货币的挖矿机的合同是合法有效的。例如，北京市高级人民法院(2020)京民终747号民事判决书认为：虚拟货币可以作为一种商品，具有商品交易属性，而本案双方当事人之间买卖Tripio币的行为并非代币发行融资行为，故不违反我国法律法规和相关政策的效力性、强制性规定。再如，上海市第一中级人民法院(2021)沪01民终11624号民事判决书认为：BSN币作为虚拟财产，我国法律、行政法规并未禁止虚拟货币或代币的特有和合法流转，也未禁止私人之间正常交易虚拟货币。虽然2017年9月中国人民银行等部门联合发布的公告规定，任何组织和个人不得非法从事代币发行融资活动以及代币融资平台不得买卖所谓虚拟货币，但本案中张某向何某购买BSN币以及挖矿机，意图挖掘更多的BSN币获利，并不属于公告中的情形。故买卖BSN币的合同应属有效。

（“数字经济中的民事权益保护”系列之二：《企业等民事主体的数据财产权的内容与保护》详见于《法治日报》2022年4月27日10版）